

POR D. ANTONIO ALVAREZ DE TOLEDO

Enriquez de Ribera, Marques de Villanueua del Rio.

CONTRA

Doña Iuana Enriquez de Ribera, Marquesa de Priego.

SOBRE

EL ARTICVLO DE LA EXCEPCION que ha opuesto el Marques.

En Granada, por Martin Fernandez Zambrano. Año de 1634.



A dificultad deste articulo se reduze a dos puntos.

2 ¶ El vno, si por estar la causa recebida a prueua, passado el termino, que dá la ley para poner las excepciones dilatorias, puede el Marques como menor, por via de restitucion, o poner la de la cosa juzgada que tiene en su fauor, en fuerça de dilatoria, ad impediendum litis ingressum.

3 ¶ El otro, si en la dicha excepcion que assi ha opuesto el Marques, presentando la carta executoria, que obtuuo en propriedad don Fernando Enriquez de Ribera, Marques de Villanueua del Rio, con don Fernando Enriquez de Ribera, Duque de Alcala, y consortes, concurré las tres identidades de cosa, persona, y causa, para que pueda obstarle en fuerça de cosa juzgada a la Marquesa de Priego.

PRIMERO PVNTO.

4 ¶ No recibe duda, que la excepcion de cosa juzgada se puede oponer en vna de dos maneras, o en fuerça de peremptoria, *ad merita causæ & decisionem illius*, o en fuerça de dilatoria, *ad impediendum ingresum litis, text. est expressus in cap. 1. de litis contestatione in 6.* ibi: *Exceptionis peremptoriæ, seu defensionis cuiuslibet principalis cognitionem negotij contingentis, ante litem cōtestatā obiectus: nisi de re iudicata, trāsacta, seu finita, excipiat litigator, litis contestationem nō impediat, nec retardet*, & in *l. 7.* tit. 16. p. 3. & ibi Gregor. in verb. *Iuizio finado*, Idem Greg. in l. 10. tit. 3. eadem partit. glos. 1. ad finem, vers. *Nam si essent.*

5 ¶ Lo que parece tenerla, es, si auiendose passado los nueue dias que dà la ley primera, *lib.*

lib. 4 tit. 2. de la nueua recopilacion, cum alijs partita. Para poner las excepciones dilatorias el Marques, por auer passado estos, y estar el pleyto recebido a prueua, respeto de ser menor, se le ha de conceder la restitucion que tiene pedida, por no auer puesto en tiempo la excepcion de cosa juzgada en fuerça de dilatoria.

6 ¶ Sed re vera inspecta la naturaleza de esta excepcion, y la importancia della, no tiene dificultad el deuerse conceder al Marques la restitucion que tiene pedida, *Clement. 1. de restit. in integr. tex in l minor, 37 ff. de minoribus, ibi. Minor vigintiquinque annis ommissam allegationem, per in integr. restitutionis auxilium, repetere potest, vbi glos. 1. inquit Acursius: Allegationem, idest, exceptionem dilatoriam, vt C. deprobat. l. exceptionem, vel peremptoriam, vt C. sent. rescind. non posse, l. peremptorias, l. 3. tit. 19. partit.* 6. ibi: *O dexando de poner defension, o otra razon de que se pudiesse aprouechar.*

Si por auer passados [illegible]

7 ¶ Et in terminis, quod minor restituatur aduersus non oppositas dilatorias, tenuerunt *post dictam glossam, in l. si minor, Bart. ibidem, Paul. de Castr. in l. ita demum, num. 3. C. de Procurator. & in l. de die, § si seruus, ff qui satisd. cogantur, Speculat. in tit. restitut. in interg. §. 1. num. 35. vers. Sed si minor, Archidiacon. in cap. Religiossam, in fin. 82. distinct. Bellamera, in cap. coram, num. 9. 11. y 12. de restitut. in intergr. Horozius, in d. l. de die, §. si seruus, num. 3. ff. qui satis dare cogantur, Rodoanus, de rebus Ecclesiæ nõ alienand. quæst. de restit. in interg §. 5. num. 6. Claudian. de Seyssllo, in l. 1. §. nuntiatio, num. 61. ff. de noui oper. nuntiat.*

8 ¶ Y aunque Innocencio, *in d. cap. coram, ad fin. de in integr. restitut. Cardin. Lapus, Angel. Rebuf. & alij, quos cõgerit Sforcia Odda, in tractat de in integr. restit 2. par. quæst. 64. artic. 7. num. 46. vers. In contrarium est,* fueron de contrario parecer, scilicet, que no se ha de restituyr el menor aduersus omissionem dilatoriæ.

Esta

9 ¶ Esta contrariedad se compone con que si la excepcion dilatoria es de importancia, y la omision en oponerla causa perjuyzio considerable al menor, todos conuienen en que deue ser restituydo, porque la razon que dàn los Dotores de la contraria opinion viene a consistir en q̃ *est modici præiuditij talis omissio*, y dexan el punto arbitrario para q̃ si *ex circunstantijs iudici visum fuerit* pueda conceder la dicha restitucion, *quando minor grauiter læditur*, assi lo sienten *Ostiense, Immola, in dict. cap. coram, de restitut. in integr. Felin. in cap. exceptionem, num. 29. de exceptionib. Cardinal. in dict. Clement 1. nume. 22. de in integr. restitut. Seyssel. in dict. l. 1. §. nuntiatio, num. 63. ff. de noui oper. nuntiat. Anton. de Butr. in d. cap. coram, num. 11. Bald. in cap. fin. num. 6. de offic. iudic.*

10 ¶ *Et tradit prædictam concordiam Sphortia Odda, dict. artic. 7. num. 47.* donde despues de auer referido ambas opiniones, sic inquit. *Ego breuiter puto dicendum, vt dixi dicto articulo quinto, quod scilicèt arbitrio iudicis remittendum sit an omissio dilatoriæ nimis graue damnum afferat ipsi minori, an vero modicum.* Et protinus, ibi: *In hoc igitur versabitur hoc arbitrium, quod regulari etiam potuerit ab exemplis, quæ bonus iudex colliget ex infra allegãdis proximè Et quod hæc opinio non solũ vera sit, & æquior vt ex se manifestum est, sed etiam, communiter Doctores teneant, constat in primis ex hoc, quia omnes, qui contrarium tenent, de quibus supra in secunda opinione, fundant se in hoc, quia modici præiudicij est omissio dilatoriæ, vnde cessante hac ratione idest quod ab sit graue damnum minoris in omissione eius restitutio denegari non poterit.*

11 ¶ *Eandem etiam scripsit Ioannes Gutierrez, lib. 1. quæstionum ciuil. la 52. num. 4.* ita subijciens: *Qua in re ea mihi concordia placet, quam Horos. ex Alexandro, & Croto, refert vbi supra, scilicèt, vt si exceptio dilatoria omissa, modici momenti sit, procedat prima opino Inncentij, & sequacium, vt ad eã opponendã post*

litem contestatam restitutio minime concedatur minori. Et inferius, ibi: *Si vero ex omisione ipsius exceptionis dilatoriæ, vèl fori declinatoriæ minor, vèl Ecclesia grauiter lædatur, tùnc competit restitutio in integrum aduersus prædictam læsionem, ex quam pluribus iuribus id generaliter probantibus, vt sentit in proposito Innocen. vbi supra*, quam distinctionem expresse probauit *Ioann. Andr. in cap. fraternitatis, nouella, de testib. totum hoc remitens iudicis arbitrio.*

12 ¶ Esto mismo sintio el *señor Molina lib. 3. de Hispanor. primogen. cap. 13. numer. 61.* dum inquit. *Sed hæc vltima ratio parum tuta est: cum etiam aduersus declinatoriam fori minor posit restitui quando ex eius omisione graue damnum incurrit, vt arbitratur Baldus in cap. 1. de offic. iudic. num. 7.* quem sequitur *Immol. in dict. l. consulebant.*

13 ¶ Præterea, la opinion contraria padece vna limitacion ajustada a nuestro caso, scilicet, que si la dilatoria que se omitio *attingit merita causæ minor restituitur.*

14 ¶ Hanc limitationem tradiderunt ex sententia *Innocent. Bald. Ancharr. & aliorum Doctorum qui contrariam opinionem substinuerunt Anton. Capitius, decis. 13. num. 7. Matth. de Afflict. decis. 390 num. 6. Sfortia Odda, dict. quæst. 64. artic. 5. num. 39. versic. Et quod arbitrarium.*

15 ¶ At dubitari non potest, que en nuestra excepcion dilatoria concurren ambas cosas para que sea precissa la restitucion, scilicet, ser graue el daño que al Marques le resulta de auerla omitido sus agentes, & habere simul naturam peremptoriæ, & attingere merita causæ.

16 ¶ Lo primero, de resultarle graue daño al Marques, es euidencia, porque puesta en fuerça de dilatoria ad impediendum ingressum litis, la excepcion de cosa juzgada, totalmente impide el progresso del pleyto, & consequenter la vejacion del, las expensas y gastos excessiuos que en

el

el discurso de semejantes pleytos entre tan grandes personas, se consumen, cum non parua patrimonij iactura.

17 ¶ Y esta causa de euitar el menor los gastos y bejaciones del pleyto, la juzgò por bastãte el Consulto Vlpiano en la *l. si minorib. 6. ff. de minorib.* para restituyr al menor, dicens. *Minoribus viginti quinque annis subenitur per in integrum rẽsti tutione, non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur sed etiam cum inter sit ipsorum, litibus & sumptibus nõ vexari.*

18 ¶ Lo segundo de que esta excepcion sea peremptoria, & attingat merita causæ, siendo excepcion de cosa juzgada, ad sensum patet ex iuribus vulgaribus.

19 ¶ Ex quibus omnibus satis constat deuer se admitir la excepcion de cosa juzgada que tiene puesta el Marques, en fuerça de dilatoria, sin embargo de auerla opuesto passados los nueue dias de la ley del Reyno, por auer pedido restitucion, aduersus ommissionem illius.

SEGVNDO PVNTO.

20 ¶ Para calificar, si la sentencia dada en vn pleyto causa excepciõ de cosa juzgada en otro, la obseruacion textual y comun es ver si concurren, identidad de cosa, de causa, y de personas, *l. cum quæritur, cum seqq. l. si cum vno, l. cum de hoc, l. si mater, §. eandem, ff. de except. rei iudic. Prosequitur Surd. cons. 312. n. 1. lib. 3.*

21 ¶ En el caso presente, el pleito es sobre el mismo mayorazgo de las casas de san Iuã de la Palma, que litigò el Marques don Fernando Enriquez de Ribera, con el Duque de Alcala, y consortes.

22 ¶ Tãbien las personas son las mismas, en quãto a la Marquesa de Priego no es dubitable,

por

por ser naturalmente la misma persona cō quié aquel pleyto se siguiò.

23 ¶ En quāto a la del Marques de Villanueua del Rio, tampoco la ay, porque la identidad de personas no se considera in indiuiduo, sino in qualitate, y esto es lo que dixo la *ley & an eadem, de except. rei indicat.* ibi. *Eadem conditio personarum*; vnde, si el Marques don Antonio està subrogado en la calidad del Marques don Fernādo su aguelo, como su nieto y descendiéte primogenito de su linea, que litigò; proculdubio ay identidad de personas, porque solo se atiende in hac materia a la calidad de ellas, & quocumque transit qualitas, transit exceptio rei iudicatæ, *argum. text. in l. seruus si hæredi ff. de statu liber.* ibi: *Prior causa transit in omnem successorem, ad quem peruenerit statu liber per dominij translati continuationem, in l tale pactum, § fin. ff de pact l. 1 § permittitur ff de aqua quotid. & æstiua.*

24 ¶ Y para prouar la identidad de la causa, o derecho, es necessario en breue presuponer el hecho, y referir los instrumentos y clausulas por donde se ha gouernado, y deue gouernar la sucesion de este mayorazgo, sin que sea possible escusarlo.

25 ¶ En el testamento debaxo de cuya disposicion murio don Fernando Enriquez de Ribera, que otorgò por el año de quinientos y veinte y dos, marido de doña Ynes Portocarrero, y aguelos ambos de la Marquesa de Priego que oy litiga, y tercero aguelo del Marques de Villanueua, por clausula del, fundò mayorazgo de las rétas de las almonas de Seuilla, del heredamiento de Gomez de Cardeña, y de otros bienes, y entre ellos, de las casas de san Iuan de la Palma, sobre que es este pleyto.

26 ¶ A cuya sucession llamò en primero lugar a don Pedro Enriquez de Ribera su hijo primogenito, y sus hijos y descendientes.

Y en

26 ¶ Y en ſegundo a dõ Fernando Entiquez de Riuera ſu hijo ſegundo, y padre de la Marq̃ſa de Priego que litiga, y aguelo del Duque de Alcala que oy es, y a toda ſu deſcendencia legitima.

27 ¶ Y en tercero lugar a don Fadrique Enriquez de Riuera, Marques de Villanueua de el Rio, y viſabuelo del que oy lo es: y hizo otros llamamientos, y todos fueron regulares, ſin que en eſta diſpoſicion aya clauſula de incompatibilidad, con el de Tarifa, ni otro.

28 ¶ Muerto el dicho don Fernando fundador, vuo pleyto entre doña Ynes Portocarrero, y don Pedro ſu hijo primogenito, ſobre la validacion del dicho mayorazgo en que pretendio doña Ynes no pudo don Fernando ſu marido diſponer de tanta cantidad de bienes: y que la facultad Real que tuuo, fue para que ambos lo hizieſſen, y no el ſolo.

29 ¶ Eſte pleyto ſe tranſigio eſtando concluſo para difinitiua entre las partes, y ſe conuinieron en que la dicha doña Ynes por las pretenſiones que el dicho don Pedro ſu hijo tenia, le dieſſe por via de mayorazgo las Almonas de Seuilla y caſas de San Iuan de la Palma, y ſe las dio cõ las condiciones y grauamenes que ſe contienen en la clauſula ſiguiente.

CLAVSVLA DE LA tranſacion.

30 ¶ *Iten, que aſsimiſmo deſpues del fallecimiento de la dicha ſeñora doña Ynes, aya de auer y aya el dicho don Pedro con el dicho titulo de mayorazgo, y con las condiciones ſuſodichas que ſe le dan las dichas Almonas, las*

casas de la morada de la dicha señora doña Ynes, que son en esta ciudad en la collacion de San Iuan de la Palma, con el agua, huertas, y jardines, e con todo lo que les pertenece, en las casas que tiene cerca dellas, con cargo que si vuiere auido el señor don Pedro y sus descẽdientes las casas de el mayorazgo de el señor Marques de Tarifa; que no aya estas otras e queden para otro de sus hermanos, qual nõbrare, y declare la dicha señora doña Ynes, o si primero q̃ las aya falleciere la dicha señora D. Ynes, o ouiere el dicho señor dõ Pedro estas casas despues, o vuiere las otras, en qualquier tiẽpo q̃ las aya el dicho señor don Pedro, o sus descendiẽtes, luego aya de dexar, e dexe essotras para otro de sus hermanos o hermanas de el dicho señor don Pedro, qual la dicha señora doña Ynes declarare, y si no lo declare quedẽ al mayor dellos, preccdiendo siẽpre el varon ala hembra, e los sobrinos hijos de los mayores, a los otros e qualquier dellos, que las aya sea cõ titulo de mayorazgo en la manera que dicha es, e con las substituciones suso dichas, de manera que no se puedan vender ni enagenar. Y esto mismo que eneste capitulo se dize que há de cumplir el señor dõ Pedro, aya de cumplir su hijo, o hija, o descendiente mayor que vuiere y sucediere en el mayorazgo de las dichas Almonas y casas, o su hermano, o pariente mas propinquo que aya el dicho mayorazgo.

31 ¶ Esta transacion se confirmò el año de 37. por el señor Emperador, y en virtud de ella posse-

possseyò estas casas don Pedro, y por auer sucedido en las de Tarifa, passaron en don Fernando las de San Iuan de la Palma, y por auer muerto don Pedro, sucedio en el Marquesado de Tarifa don Fernando. Y respeto dela incompatibilidad, y expresso llamamiento que tenia don Fadrique y sus descendientes, puso demanda de tenuta don Fernando su hijo, y abuelo delMarques de Villanueua, y obtuuo contra don Fernando Duque de Alcala. Y vltimamente enel juyzio de propiedad, tuuo sentencias de vista y reuista en que fue declarado por sucessor destas casas, que despues se confirmaron en grado de segunda suplicacion, auiendo litigado con elDuque de Alcala que oy es, y con don Pedro Giron su hermano, y con doña Catalina Girō Duquesa de Ossuna, y con el Marques de Priego, como marido y conjunta persona de doña Iuana Enriquez su muger.

32 ¶ Todo este hecho consta por los autos, del pleyto de Tenuta y propiedad, y por la executoria que està presentada en los autos por el Marques.

33 ¶ Y lo que se ha de calificar presupuesto este hecho es, que se disputò enel primero pleyto por fundamento y causa del derecho de cada vna de las partes, porque esto es lo que quedò determinado: & consequenter, si se buelue aora a suscitar la misma controuersia, boluiendose a fundar la Marquesa de Priego en lo q̄ se fundaron el Duque de Alcala y los demas que litigaron en aquel pleyto, obstabit exceptio rei iudicatæ, *Bart. in l. qui Romæ, §. duo fratres, num.7. ff. de verbor obligat.* dicens. *Quod si causa deducta in primo, & secundo iuditio, tendunt ad eundem finem, & effectum semel reiecta, non potest iterum reiterari, quia esset velle contradicere sententiæ.* Et ibi: *Alexan. num. 8. allegans text. in l. duobus, ff. de exception. rei*

indi-

iudicat. l. si autem, §. si quecumque, ff. de negot gest. vbi Bart. num. 1. Et ibi: *Eius additio Decius in cap. at si Clerici, num. 4. de iudicijs, Abb. in cap. aduersario, de except. num. 13. subdens. Quod vbi est idem finis agendi obstat exceptio rei iudic. non obstante quod varietur modus agendi, & ibi Felin. num. 9. Rippa in dict. §. & duo fratres, à numer. 25. Boer. decis. 43. à num. 2.*

34 ¶ *Optimus text. in l. si quis cum totum, ff. de exception. rei iudic.* ibi: *Et quidem ita definiri potest, toties eandem rem agi, quoties apud iudicem posteriorem, id quæritur, quod apud paiorem, quæsitum est. & in §. planè, versic. Et generaliter eiusdem legis, illic. Et generaliter (vt Iulianus definit) exceptio rei indicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio reuocatur, vel alio genere iuditij.* vbi *Paul. Castrens. notat, quod ibi melius ponitur, quam alibi, qualiter dicatur eadem causa, scilicet, quatenus in ea venit disceptandum, id quod fuerat determinatum per primam sententiã etiã si agatur ad rem diuersam.* Et ibi: *Raphael Cuman. n. fin. idem Paul. in l. cum quæritur, ff. eodem, vbi Angel. Philipp. Corn. consi. 126. num. 11. lib. 4. Ruin. consil. 71. num. 4. lib. 5. & prosequitur Francisc. de Ponte, consi. 90. num. 10. cum seqq.*

35 ¶ Y lo que alli se disputò fuerõ dos cosas.

La vna, si auia de valer la transacion que se otorgò entre doña Ynes Portocarrero y don Pedro Enriquez de Riuera su hijo primogenito, o la disposicion testamentaria de don Fernando Enriquez de Riuera, marido de la dicha doña Ynes, y padre del dicho don Pedro.

36 ¶ La otra, a quien auia de pertenecer la sucessión del mayorazgo destas casas de San Iuã de la Palma, en caso que fuesse valida la dicha transacion.

37 ¶ Y es imposible q̃ la Marquesa de Priego en la demanda y pleyto que ha puesto al Marques de Villanueua, dexe de suscitar ambas controuer-

trouersias, o por lo menos, la vna, que es la que expressa en su demanda: y en ambas le impide la entrada la excepcion de cosa juzgada.

37 ¶ Si quiere suscitar la controuersia, si valio la transacion entre doña Ynes, y don Pedro, y suceder por la clausula del testamento de don Fernando Enriquez su aguelo. Se ha de aduertir, que por ella el primero llamamiento lineal fue de don Pedro Enriquez de Ribera, primogenito, el segundo de don Fernando, y sus descẽdientes, con prelacion del Mayor al menor, y varon a la hembra, como se notò en el hecho: y siẽdo esto asi, a quien derechamente le tocaua la sucesion por aquella disposicion, era a don Fernãdo Enriquez de Ribera, Duque de Alcala, que oy es, como a hijo de don Fernando Enriquez, Marques de Tarifa, el qual era hijo varon del dicho don Fernando segundo llamado: y no a doña Iuana Enriquez Marquesa de Priego su hermana, ex iuribus vulgaribus, respeto de ser mayorazgo regular, y no auer en el clausula de incompatibilidad, como se aduirtio sup. num.

38 ¶ Vnde resultat, que el dicho Duque de Alcala habebat primas agendi & excipiendi vices, & consequenter las sentencias del pleyto de propriedad que cõ el se litigaron, causaron perpetua excepcion de cosa juzgada contra la Marquesa (quando diessemos que no fue citada) porque es proposicion textual y assentada, que la sentencia que se da en pleytos de mayorazgos contra el que tiene la primera causa de litigar, prejudica a todos los demas sucessores, aunque no seã citados, *l. 1. § quamuis, vers. Denuntiare, ff. de ventre inspic. l. ex contractu, ff. de re indi. l. si patroni, §. fin ff. ad Trebelian. l. si suspecta ff. de inoffic. testam, l. in diem, ff. de aqua pluu. arc. l. si superatus, ff de ipgnor.*

39 ¶ Et per hæc iura ita docuerunt Bart.

*in d.l.in diem,num.*1.& ibi Angel.& plures referens Tiraquel.de primogen.*q.*35.*num.*17. Marçar. in Epithome de fideicom.*q.*72.Pereg.de fideicom mis *art.*53 *numer.*51. & innumeros referens Marius Giurb.*decis.*1.*num.*14. & ex nostris Roderic. Xuar.*allegat.*27.*num.*3.Ant.Gom *in l.* 40. *Tauri, num.*73.Couar.*practic.cap.*13.*n.*6.*in fin.*Greg.*in l.* 20.*tit.*22.*partit.*3.*glos.*4.verb.(*Casas,vers.Non tamẽ istæ res,*Menchac.*de succes.creat.lib.*1.*§.* 6.*num.*28. Pinel.*l.*1.*C.de bonis matern.*3.*p n.*48.*&* 49.Padil. *in l.vnum ex familia,*§.*siue falcidia,n.*14.*ff.de legat.*2. Simancas,*de primog.lib.*4.*cap.*23.Molina,*lib.*4.*c.* 8.*n.*3.Mieres,4.*p.c.*14.

40 ¶ Los quales afirman, que esta opinion es mas verdadera y mas comun, y admitida en pratica,y tan recebida en estos Reynos, vt non possit controuerti, vt ait Molina,*supr.n.*2.*in fin.*

41 ¶ Y aunque esta comun opinion se limita todas las vezes que la sentẽcia lata fuit per collusionem vel negligentiam, vt non preiudicet sequentibus successoribus,*vt per dictam l.ex cõtractu,*ibi:*Nisi culpa tutoris,& l si perlusorio ff. de appellat l.si seruus plurium,*50.§.1.*&* §.*si quis ante, ff.* de *legat.*1.ibi:*Vel minus plane defendit causam ; l. si sponsus,*§.*si vxor, ff. de donat. inter,* & tradunt Molina, *d.cap.*8.*n.*7.Mier.*d.q.*14.*ex n.*55.Dom.Ioan.del Castillo,*lib.*5.*cap.*157.*n.*25.Salgad.*de reg protect.* 4 *p.c.*8.*n.*335.

42 ¶ Esta limitacion no nos obsta,porque contra el Duque de Alcala,que tuuo la primera causa de litigar en aquel pleyto,no se alegan, ni pueden alegar omisiones,ni colusiones, porque lo siguiò diligentissimamente en todas instancias,hasta fenecerlo en la de la segunda suplicacion.

43 ¶ Vltra, de que en quanto a este derecho, preceden a la Marquesa de Priego, el Marques

de

de Alcala, y la Marquesa de Priego que oy es, hermanos del Duque de Alcala, como descendientes legitimos de don Fernãdo primogenito, hermano de la dicha Marquesa de Priego que oy litiga.

44 ¶ Y asi en quãto a este derecho de suceder por la disposici on testamentaria de dõ Fernando Enriquez, indubitablemente quedaron vencidos todos los descendientes de la linea de don Fernando segundo llamado, padre de la Marquesa, en cabeça del Duque de Alcala, como primogenito della.

45 ¶ Y si trata de suscitar el derecho de la sucession, por la clausula de la transacion, q̃ queda referida, pretendiendo, que en la bacante deste mayorazgo, quãdo sucedio en las casas de Tarifa don Fernando Enriquez su padre, a ella le tocaua el primero lugar, le obsta.

46 ¶ El auerse controuertido entre la linea de don Fernando, hijo segũdo de doña Ynes, y la de don Fadrique hijo tercero, la forma de la sucessiõ deste mayorazgo, scilicet, si auia de proseguir la linea de don Fernando directa, por auer entrado en ella antes de ser Marques de Tarifa, o la de don Fadrique su hermano.

47 ¶ In qua specie es resolucion constante, que la sentencia dada sobre la calidad del mayorazgo, y forma de sucession, constituye derecho perpetuo, y excepcion de cosa juzgada contra todos los siguientes descendientes de la misma linea: originalis est traditio Andreæ de Ysernia, *in c. Vnic. in § prætereà ducatur, num. 32. de prohib. feud. alienat.* per Federic. Dec. *cons.* 78. *num.* 3. *&* 4. Scipion. Rodit. *cons.* 1. *num.* 33. & Hector. Emill. *de iur. feud. cap.* 26. *n.* 40. Iacob. de Nigr *de grad. b. succession. c.* 7. *n.* 4. Ant. Fabr. *in suo Cod. Fabrian. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 4. *&* 5.

Ad

48 ¶ Ad exemplum de la ſentencia dada, ſobre la calidad y forma de ſuceder en el beneficio que conſtituye derecho perpetuo y real, reſpeto de todos los ſuceſſores, Garcia, *de beneficijs, 3.p.cap.2.num.*11. Gonçalez, *ad reg.* 8. *Chancellariæ, gloſ.*9.§.1.*ex num.* 84. porque vencida la cabeza de la linea, (en materia de mayorazgos) lo quedaron tambien todos los deſcendientes della, vt tradit Tiraquel. *de primoge.q.*35.*n.*17. Menoch. *conſ.*501.*n.*2.

49 ¶ La razon es, porque como la ſuceſsió es lineal, la cabeza de la linea incluye, no ſolo ſu derecho, ſino de toda ella, y no ſolamente ſe entiende auer deducido en juyzio ſu proprio derecho, ſino tambien el de toda ſu deſcendencia: y aſsi la ſentencia no queda perſonal, ſino deciſiua del derecho de toda la linea, Peregr. *de fideicom. artic.*53.*n.*46. Iacobus de Negris, *vbi ſupr.nu.*4. Fabius, *de anna.conſ.*53.*n.*26.*& tribus ſeqq. vol.*1. Guido Panci. *conſ.*13.*n.*9. Roſent. *de feud.membr.*1.*c.*9 *concl.*27.*n.*14.

50 ¶ Por manera, que ſiendo la Marqueſa de Priego hembra, deſcendiente de la linea de don Fernando, auiendoſe litigado el pleyto con ſu padre en poſſeſſorio, y en propiedad con el Duque de Alcala, hijo del primogenito, y el Marques ſu hermano, varones y cabeças de aquella linea, que deduxeron, no ſolo ſu derecho particular, ſino de toda la linea, no es dubitable que quedò vencida la dicha Marqueſa.

51 ¶ Eſpecialmente auiendoſe ſuſtanciado el pleyto con el Marques de Priego ſu marido.

52 ¶ Contra eſto replicaron los Abogados de la Marqueſa en la viſta del pleyto, que ſu derecho era particular, indiuiduado a ſu perſona, por ſer hija ſegunda, nacida al tiempo de la vacãte, en quien no militaua la prohibicion de la jũta con las caſas de Tarifa, por hallarſe deſembaraçada

raçada de el derecho inmediato de suceder en ellas.

53 ¶ Pero esta replica tiene poca sustancia, tùm, porque de este no consta.

54 ¶ Tùm etiam, porque considerado lo literal de las clausulas, por ellas llanamente, sin que pueda auer materia de dudar, luego que sucedio don Fernando padre de la Marquesa, y segundo llamado en las casas de Tarifa, la sucession tocò a don Fadrique Enriquez, Marques de Villanueua del Rio, hijo tercero de la dicha doña Ynes Portocarrero: porque lo formal de la clausula dize assi. *Con cargo que si vuiere auido el señor don Pedro y sus descendientes las casas del mayorazgo del señor Marques de Tarifa, que no aya estas otras, e queden para otro de sus hermanos, qual nombrare, y declarare la dicha señora doña Ynes.*

55 ¶ Et iterum [illegible] *Y si no lo declarare queden al mayor dellos, precediendo siempre el varon a la hembra.*

56 ¶ Y supuesto que el expresso y literal llamamiento es del hermano de don Pedro, o de don Fernando, en caso que sucediesse en las casas de Tarifa, este solo se verificò en don Fadrique tercero hermano, y su linea, y no en los hijos de don Fernando, aunque se hallassen desembaraçados de la sucession de las casas de Tarifa.

57 ¶ Ex quo prouenit, que en este caso no tiene lugar la disputa de los Dotores, sobre si auiendo dicho el fundador, quiriendo euitar el concurso y confusiõ de su mayorazgo con otro, que sucediesse el siguiente en grado. Si este ha de ser el hijo del posseedor en quien vinieron a concurrir los mayorazgos incõpatibles, o su hermano.

58 ¶ Porque desta controuersia dexò libre su disposicion la fundadora, llamãdo expressis verbis al hermano, no al siguiente en grado.

59 ¶ Tùm denique, porque quando concedieran-

dieramos que en la dicha clausula dela transaciõ vuiera algunas palabras equiuocas, por donde pudiera con algun color introduzirse la Marquesa, , y le concedieramos tambien, primas agendi vices nihil nobis aduersaretur.

60. ¶ Porque si es assi que fue citado el Marques don Pedro su marido, y por su citacion vino a noticia de la Marquesa, que se trataua el pleyto de la propiedad sobre la sucessiõ del mayorazgo de las casas de San Juande la Palma, porque no es verisimil lo contrario, *ex text. in l. octaui gradus, ff. vnde cognat. ad fin.* ibi: *Verisimile non videbatur, &c. l. de tutella, C. de in integr. resti.* & per eaquæ ex his iuribus traddiderũt *Anchar. consi. 160. nu. 5. Ruin. consi. 50. nu. 17. & consil. 168. num. 7. vol. 1. Grat. respon. 25. num. 7 & resp. 51. num. 4. volu. 2. & aly passim.*

61. ¶ Siguese por ne[...]ia cõsequẽcia, q̃ las sentencias que en el se pronunciaron, han de obrar en fuerça de cosa juzgada contra la Marquesa, eo ipso, que consintio que el Duque de Alcala y Marques de Alcala, que en su concepto estauan impedidos, por ser sucessores de las casas de Tarifa, litigassen, no teniendo primas agendi vices, sino sola ella, por hallarse desembaraçada desta sucession, *ex text. expresso, in l. sæpè 63. ff. de re iud. versi. Sed scientibus.* vbi deciditur, quod si quis de ea re, cuius actio, vel defensio primum sibi competit sciens, sequentem agere, patiatur sententia ei præiudicat. Y lo mismo dize *el text. en el capit. penult. de re iudic. y la l. 20. titu. 22 par. 3. Bartul in l. si. per lusorio, § 1. de appellat. D. Couarr. in p. act. cap. 13. num. 3. Mieres 4. par. quæst. 14. n. 134.*

62 ¶ Y no serà ocasion el dezir, que en materia de mayorazgos, la contumacia, o rebeldia, non nocet, *l. ex contractu, l. si seruus plurium, cum vulgarib.*

Por

63 ¶ Porque esto se entiende respeto de los sucessores, pero no respeto del mismo con quiẽ en rebeldia sesustancio legitimamente como lo presuponen el señor Molina, y los demas Dotores q̃ tratan de el punto, in locis præ allegatis, y solo en este caso tienen recurso los tales sucessores quando entran alegando colusiones, o fraudes.

64 ¶ Ex quibus omnibus satis constare videtur, que por todos caminos le obsta a la Marquesa la excepcion de cosa juzgada que ha opuesto el Marques, quæ sint dicta. Salua, &c.

L. Verdejo Caruajal.